



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais

MURILO DOS SANTOS SARAIVA

**AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR E O ESTADO DE
FILIAÇÃO: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA CONTRIBUINDO PARA O
RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE**

Brasília
2013

MURILO DOS SANTOS SARAIVA

**AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ENTIDADE FAMILIAR E O ESTADO DE
FILIAÇÃO: A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA CONTRIBUINDO PARA O
RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Einstein Lincoln Borges
Taquary.

Brasília
2013

MURILO DOS SANTOS SARAIVA

**DIREITO DE FILIAÇÃO E REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: O
RECONHECIMENTO DA DUPLA MATERNIDADE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de Bacharelado
em Direito pela Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário
de Brasília UniCEUB.

Brasília, 24 de outubro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Einstein Lincoln Borges Taquary.
Orientador

Prof. Danilo Porfírio de Costa Vieira.
Examinador

Prof. Julio Cesar Lérias Ribeiro.
Examinador

Agradeço a Deus, por tudo que tens me concedido, pois tenho recebido mais do que mereço.

A minha preciosa família e meus familiares.

A minha grande amiga Kelly Cristiane, pelo companheirismo e superação das inúmeras dificuldades que encontramos ao longo do curso.

Ao professor Einstein Lincoln, por ter me acolhido, ajudado e guiado no momento mais crítico da minha vida acadêmica

Enfim, acabou! A todos, sinceros agradecimentos!

“Então entendi que nesta vida tudo o que a pessoa pode fazer
é procurar ser feliz e viver o melhor que puder.”

Eclesiastes 3:12

RESUMO

A sociedade contemporânea vem passando por várias transformações nos últimos anos. Ciência e tecnologia evoluem de forma descomunal. A humanidade não fica imune a esses avanços científicos e tecnológicos. Tais mudanças também refletem nas relações familiares. O que antes era considerado como padrão de família, dito adequado e nos moldes da lei, no qual predominava as figuras do papai, mamãe e filhos, na sua composição tradicional, há muito ficou para trás. Novos grupos que sempre existiram, passaram a ser reconhecidos e aceitos. As mudanças também reverberaram no Direito de Família, o conceito de família ampliou-se. Entidade familiar tornou-se um conceito mais apropriado, face as diversas possibilidades de constituição da família. Por consequente, também repercutiu em outras áreas correlatas, como a filiação. Para essas mudanças na estrutura familiar, a ciência tem contribuído, ao permitir novas possibilidades de procriação. A dupla maternidade já é fato que vem consolidando lenta e gradualmente junto aos tribunais pátrios. Tudo isso, graças ao uso da reprodução humana assistida. E a Constituição Federal de 1988 foi o grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro que facilitou essas transformações. A partir do texto constitucional fortaleceu-se os princípios fundamentais que determinaram a igualdade entre homem e mulher, entre os filhos, o reconhecimento da pluralidade na formação de família. Sem esquecer que entre os vários princípios constitucionais, um de suma importância é o da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, pois é a partir dele que o Estado deve se nortear.

Palavras-chave: Família. Entidade familiar. Dignidade humana. Reprodução humana assistida. Dupla maternidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 FAMÍLIA.....	10
1.1 Direito de família	10
1.2 Preceitos constitucionais e a interpretação do direito de família	11
1.3 A família moderna	13
1.4 União (estável) homoafetiva: ampliação do conceito de família	15
1.5 Entidades familiares	19
2 FILIAÇÃO	22
2.1 Filiação	22
2.2 Preceitos constitucionais e o estado de filiação	24
2.2.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	27
2.2.2 <i>Princípio da igualdade</i>	29
2.2.3 <i>Princípio do melhor interesse do menor</i>	29
2.2.4 <i>Princípio da paternidade responsável</i>	31
2.4 Tipos de filiação	32
2.5 O registro de filiação	34
3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	38
3.1 Reprodução humana assistida	38
3.2 Técnicas de reprodução assistida	44
3.2.1 <i>Inseminação artificial</i>	46
3.2.1.1 <i>Inseminação artificial homóloga</i>	46
3.2.1.2 <i>Inseminação artificial heteróloga</i>	47
3.2.1.3 <i>Fertilização in vitro</i>	47
3.3 Nova realidade social: dupla maternidade.....	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

A estrutura organizacional da família vem passando por alterações significativas nos últimos anos. Os progressos vertiginosos da ciência e da tecnologia provocaram mudanças nas rotinas diárias na vida do ser humano, trazendo enormes benefícios. Essa evolução também se faz perceber nas relações familiares. Exemplo disso é o caso de duas mulheres que, vivendo relacionamento homoafetivo, utilizaram uma das várias técnicas de reprodução humana assistida (fertilização *in vitro*), para tornaram-se mães de modo simultâneo. Enquanto uma cedeu o material genético para ser fecundado, a outra recebeu em seu corpo, o embrião fecundado da companheira. Como resultado dessa relação, ocorreu o nascimento de crianças, filhas simultaneamente de duas mães.

Esse fato *per si* demonstra as mudanças que vem ocorrendo na composição do que se entende por família. O Direito de Família, que busca disciplinar as relações familiares, reflete bem tudo isso, inclusive no campo da filiação. Essas transformações vem acontecendo lentamente.

Com o reconhecimento e surgimento de novos núcleos familiares, o conceito de família já não condiz com a realidade social. As mudanças são rápidas e as normas não conseguem acompanhar na mesma velocidade. O que acaba provocando certo distanciamento entre o ser e o dever-ser, fazendo surgir lacunas legislativas. Destarte, está cabendo aos tribunais solucionar as demandas sociais surgidas em decorrência desses avanços ocorridos no seio familiar.

O presente trabalho acadêmico buscou analisar à luz da Constituição Federal o reconhecimento judicial da dupla maternidade, que aos poucos, começa a fazer parte da realidade social.

O primeiro capítulo retrata a importância do Direito de Família, o surgimento de novos institutos familiares. Os reflexos sentidos por esse ramo do direito em decorrência da interpretação principiológica constitucional, estabelecendo uma

repersonalização das relações familiares. Criando assim um novo conceito, ampliando seu sentido, para a definição de família.

Não obstante, frente aos novos núcleos familiares, como a união estável entre pessoas do mesmo sexo, que vão se amoldando como entidade familiar, está cabendo ao Poder Judiciário promover o reconhecimento jurídico dessa nova realidade.

As entidades familiares retratam bem como o Direito de Família transformou-se, principalmente a partir da Carta Magna de 1988.

O segundo capítulo desenvolve a questão do estado de filiação. Como foi afetado pelos preceitos constitucionais. Dos vários princípios constitucionais, alguns se destacaram, por incidir diretamente nos relacionamentos familiares, tais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da paternidade responsável.

Por último, diante das transformações sociais correlatas ao Direito de Família, seja no surgimento ou reconhecimento de entidades familiares e filiação, o terceiro capítulo aborda as técnicas de reprodução assistida. Área que vem contribuindo para que novos modelos familiares fossem constituídos. Descreve-se o que são essas técnicas e os principais métodos usados. E, diante das possibilidades oferecidas pela ciência, o resultado é a própria transformação da realidade social, como o reconhecimento da dupla maternidade pelo Poder Judiciário.

Por oportuno, ressalta-se que o presente estudo caracteriza-se como uma revisão bibliográfica sobre o tema, objetivando uma leitura de doutrinadores e decisões jurisprudenciais, para se ter um concatenado de ideias suficientes e adequadas visando tratar do tema com certa firmeza e tranquilidade.

1 FAMÍLIA

O conceito de família, conforme já dito, vem passando por várias modificações. Tornou-se mais amplo, abrangendo outras formações em sua constituição. A tradicional composição patriarcal cedeu lugar a outros núcleos familiares. Aos poucos o Direito vai se adaptando. Nesse contexto, há espaço para entender como vem ocorrendo essa evolução.

1.1 Direito de família

Entre todos os ramos existentes no direito, aquele que mais está ligado à vida, nas palavras do professor Carlos Roberto Gonçalves¹, é o direito de família. Isso porque, “[...] as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.”

Essa espécie de direito, busca regular as relações existentes entre os diversos integrantes que compõem a família e as consequências resultantes entre pessoas e bens. Para Paulo Lôbo², “o direito de família é um conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família.”

O direito de família é um ramo do direito civil. Tem por finalidade disciplinar as relações envolvendo pessoas que possuem vínculos entre si, seja por meio de matrimônio, união estável ou por parentesco.

Todavia, com a ampliação conceitual de família, surgem novos institutos, ditos entidades familiares que também passam a ser tutelados pelo Estado. Se, ainda de

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 37.

forma tímida ou mesmo inexistente na esfera da legislação infraconstitucional, não cabe dizer que o mesmo se aplica as decisões emanadas pelos tribunais pátrios, que aos poucos vem fortalecendo a proteção às novas entidades familiares, que vem se constituindo na sociedade. Com isso, estendendo a aplicação do direito de família muito além do que aquelas tradicionalmente elencadas.

1.2 Preceitos constitucionais e a interpretação do direito de família

O direito que mais vem sentido reflexos da interpretação principiológica constitucional é o de família. Inúmeros princípios constitucionais implícitos têm sido reconhecidos tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência³.

Para Vlademar P. da Luz⁴, família “passou a ter uma nova conotação, calcada em relações outras denominadas entidade familiar...”.

O professor e promotor Belmiro Pedro Welter⁵ ilustra bem como passou a ser formada a família no Brasil:

A contar da Carta Magna de 1988, a família passou a ser composta não apenas pelo casamento, mas também pela união estável (art. 226, § 3º) e pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, eudemonista ou socioafetiva (art. 226, § 4º), transmudando-se ‘numa comunidade fundada no afeto, cujos membros se unem por um sentimento de solidariedade, o que a separa de toda a coletividade, é a chamada família sociológica.

Acrescenta-se ainda às palavras do ilustre promotor a possibilidade da união homossexual como entidade familiar, como se verá adiante. Paulo Lôbo⁶ discorre

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 57.

⁴ LUZ, Vlademar P. da. *Manual de direito de família* / Vlademar P. da Luz. – 1. Ed. – Barueri, SP: Manole, 2009. p. XIV.

⁵ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva* / Belmiro Pedro Welter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 36.

⁶ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 90.

que, quando preenchidos os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e tiverem finalidade de constituição de família, será uma entidade familiar. Prossegue o docente:

O Judiciário brasileiro aos poucos avança no reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como união afetiva, no âmbito do direito de família, valendo-se analogicamente da união estável, ou simplesmente como entidade familiar autônoma.

Ou seja, a família brasileira sofreu várias transformações, dos seus valores e na sua composição. Todavia, a solidariedade vai sendo a identificação desse novo conceito de família.

A função econômica e a procracional cede lugar para a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade. Sendo a função básica da família dessa nova época, como bem dispõe Paulo Lôbo⁷.

Enézio de Deus Silva Júnior⁸, traz mais luz sobre a afetividade como centro da estrutura familiar: “a partir de (sic) Lei Maior de 1988, [...] o que é uma base familiar é a convivência afetiva das pessoas, que deve gerar efeitos na órbita do Direito das Famílias, para além deste ou daquele posicionamento [...].” Para ele, a dignidade da pessoa humana é o eixo central de sustentação da família, como recentemente concluiu a mais alta corte do país no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477554/MG⁹.

Percebe-se que o novo conceito de família está ligado diretamente à interpretação constitucional. É a repersonalização das relações de família, como demonstrado por Paulo Lôbo.

⁷ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 20

⁸ SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do stf*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>>. Acesso em 7 de nov. 2011.

⁹ STF, RE 477554 / MG – Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/07/2011. Publicação DJe-148. Divulgado 02/08/2011 publicado 03/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+477554.NUME.%29&base=basePresidencia>>. Acesso em: 7 de nov. 2011.

Como dito, a função econômica-política-religiosa-procracional da família, converteu-se para um espaço de realização da afetividade humana. Conforme teor constante no julgamento do RE 477554/MG.

Ademais, cabe mencionar trecho do voto do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.300, citado e transcrito pelo professor Pedro Lenza¹⁰, referente à importância da discussão das uniões estáveis homoafetivas, quanto a possibilidade de serem aceitas como entidade familiar. Segundo o eminente Ministro, deve o “magistério da doutrina” apoiar-se em “valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais [...].”

Com isso, os princípios constitucionais passaram a fundamentar a ampliação do conceito de família, priorizando entre outros, principalmente a dignidade da pessoa humana.

1.3 A família moderna

Desde que a Constituição Federal foi promulgada, outras formas de família passaram a ser reconhecidas pelo Estado. Segundo o advogado Rodrigo da Cunha, no prefácio da obra de Lourival Serejo¹¹, com o advento da nova Carta Política, os princípios estruturadores e paradigmáticos do Direito de Família, sexo, casamento e reprodução, sofreram significativas mudanças, inaugurando um Direito Constitucional da Família.

Para Carlos Roberto Gonçalves¹², ao mencionar Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, “A Constituição Federal de 1988 ‘absorveu essa transformação

¹⁰LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* / Pedro Lenza – 12. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 751.

¹¹SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família* / Lourival Serejo. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 8.

¹²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

e adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. [...]”.

Foi a partir da Constituição Federal que um novo sistema de princípios passou a imperar no ordenamento pátrio, substituindo os princípios conservadores do Código Civil. Surgem os princípios constitucionais que passam a dar nova forma ao conceito de família, exigindo novas formas de interpretação¹³. O princípio da dignidade humana passa a nortear as relações pessoais.

Maria Berenice Dias sustenta que é “diante das garantias constitucionais que configuram o Estado Democrático de Direito, impositiva a inclusão de todos os cidadãos sob o manto da tutela jurídica”¹⁴.

Nesse condão da proteção constitucional a todos os cidadãos, é assegurada a liberdade de escolha. “O homem, por ser livre, tem de ter autonomia para assumir e exercer sua orientação sexual, que aliás, não pode reprimir, e é injusto que alguém seja repellido ou perseguido por isto”¹⁵.

O conceito de família vem sendo alterado conforme a sociedade evolui. Partindo-se de um modelo de família patriarcal e nuclear para uma modelo que caracteriza-se pela individualidade, pela busca do bem-estar de cada um, isoladamente, formando o que se pode chamar de uma família moderna. Lourival Serejo afirma que as seguintes tendências se fazem presentes:

[...] tendência desintitucionalizante e despatrimonializante, valoração dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização do conceito de paternidade, guarda dos filhos a terceiros, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade, inovação permanente.¹⁶

¹³SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família* / Lourival Serejo. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 21.

¹⁴DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

¹⁵FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos* / Taísa Ribeiro Fernandes. – São Paulo: Editora Método, 2004. p. 150.

¹⁶SEREJO, op. cit., p. 35.

Nos dizeres de Belmiro Pedro Welter¹⁷:

Modernamente, a família não se origina apenas dos laços de sangue e do casamento, como também pela união estável e pela comunidade formada pelos pais e filhos (pai e/ou mãe e filho), denominada família monoparental, unilinear, nuclear, eudemonista ou socioafetiva, não sendo mais a família, mas, sim, seus membros o centro das atenções, já que conectada pelo cordão umbilical da afetividade, na busca da solidariedade, da felicidade, do afeto e na promoção da dignidade da pessoa humana.

Pode-se então corroborar que a família moderna encontra-se constitucionalizada, pois a partir da Constituição Federal, “rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família”¹⁸.

1.4 União (estável) homoafetiva: ampliação do conceito de família

E nesse contexto de família moderna constitucionalizada, vem surgindo lentamente mais uma estrutura de núcleo familiar. Trata-se da união homossexual ou homoafetiva, que pela interpretação do conceito amplo de família, previsto no *caput* do artigo 226¹⁹ da Constituição Federal, vem sendo aceita como entidade familiar, conforme acordado pelos ministros do Supremo, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477.554/MG²⁰.

Salienta-se que o termo “uniões homoafetivas” é um neologismo cunhado por Maria Berenice, em sua obra “União homossexual: o preconceito e a justiça”.²¹

¹⁷WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva* / Belmiro Pedro Welter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.32.

¹⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

¹⁹Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

²⁰STF, RE 477554 / MG – Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 16/08/2011, publicado no DJe-164 de 26/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

²¹DIAS, op. cit., p. 183.

Belmiro Pedro Welter²² aponta que a união entre os homossexuais deve ser alçada ao *status familiae*, equiparada à união estável e ao casamento, quando comprovados a convivência eudemonista, a solidariedade, o afeto, o desvelo.

No mesmo sentido, posiciona-se Paulo Lôbo, ao defender em sua obra que: “as uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, [...]. Como a legislação ainda não disciplinou seus efeitos jurídicos, com fez com a união estável, as regras desta podem ser aplicáveis àquelas, por analogia [...]”²³.

Diante dessa mudança pelo qual vem passando o conceito de família, por consequente ocorre uma repersonalização das relações jurídicas familiares. Um processo que revaloriza a dignidade humana e tem a pessoa como centro da tutela jurídica em oposição a primazia dos interesses patrimoniais²⁴:

A omissão do legislador em regulamentar as uniões de pessoas do mesmo sexo muitas vezes foi vista como deliberada intenção de excluir a possibilidade de se extraírem dessas relações efeitos jurídicos. Ou seja, a ausência de previsão legal não possibilitaria o reconhecimento de quaisquer direitos²⁵.

Com essas palavras, Maria Berenice inicia o capítulo 2 da sua obra. Entretanto, ante o silêncio da legislação pátria e a inércia do legislador, está cabendo ao Poder Judiciário resolver as controvérsias a respeito da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Conforme os novos modelos de família foram surgindo, o legislador buscou se adaptar à realidade. Ampliando a ideia de entidade familiar, insculpiu na Carta Maior que família, além de advinda do matrimônio, é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a que vem da união estável.

²²WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e sociafetiva* / Belmiro Pedro Welter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.50.

²³LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 90.

²⁴LÔBO, op. cit., p. 20.

²⁵DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais.* / Maria Berenice Dias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2003. p. 33.

No entanto, no momento que delimitou a união estável como entidade familiar, somente sendo composta entre o homem e a mulher, fez com que as relações entre pessoas do mesmo sexo, *a contrario sensu*, fossem expressamente excluídas desse instituto.

Não se pode olvidar que a relação homoafetiva sempre existiu. Que nos dias de hoje a luta pelos direitos das pessoas que optaram por viver assim, vem se fortalecendo e sendo reconhecida, principalmente graças aos meios de comunicação em massa e as decisões proferidas pelos tribunais, ainda que timidamente.

Excluindo-se a união homoafetiva do que se entende como entidade familiar, por não aceitá-la como união estável, conforme preleciona Fernanda Louro Figueras, acaba-se por ferir os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana²⁶.

A autora aduz ainda que:

A união homossexual, como comunhão de vida caracterizada por vínculos afetivos e sexuais, satisfaz os requisitos caracterizadores da entidade familiar. Na ausência de previsão positiva ou proibição expressa, é necessário que se interprete o texto constitucional como um todo, até para se evitar conclusões contraditórias. Sendo assim, fazendo-se uso da analogia e interpretando-se extensivamente os direitos fundamentais, nada mais correto do que reconhecer como união estável a relação entre pessoas do mesmo sexo, ante os princípios fundamentais constitucionais que vedam qualquer discriminação, bem como os que protegem a igualdade²⁷.

Atento a essa realidade das uniões homoafetivas como entidades familiares, já que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade e objetivando constituir família, os tribunais pátrios tem assegurado seu reconhecimento à luz da interpretação integrada dos preceitos constitucionais.

²⁶FIGUERAS, Fernanda Louro. *Aspectos constitucionais da união de pessoas do mesmo sexo*. In: PORTO, Sérgio Gilberto e USTÁRROZ, Daniel (Organizadores). *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis / Adriane Donadel... [et al.]*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 105.

²⁷FIGUERAS, op. cit., 113.

Salienta-se que no início do ano de 2011, um grande passo foi dado para o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A Suprema Corte nos julgamentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277/DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo²⁸.

Esse posicionamento da Suprema Corte foi reforçado, sendo a união estável homoafetiva levada ao *status familiae*, conforme decisão prolatada, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 477.554 / MG²⁹, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, que em seu voto, reconheceu a “união estável homoafetiva, atribuindo-lhe a condição de entidade familiar”.

Nas palavras do ilustre relator, vê-se que o Poder Legislativo encontra-se ineficaz quanto à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico.

Assim, resta comprovado que a união estável homoafetiva já foi elencada ao patamar de família, ainda que morosamente e pelo Judiciário, sendo questão de tempo para que o legislador se manifeste e a discipline no ordenamento pátrio.

Mais uma vez, socorrendo-se com a pioneira na defesa dos direitos humanos³⁰, Maria Berenice, assim se posicionou quanto a omissão da lei, inércia do legislador, função do julgador frente ao reconhecimento dos direitos sociais:

Para assegurar o cumprimento das leis, o Estado cria o aparato judicial, a quem delega não só a função de solver conflitos aplicando as regras jurídicas. Igualmente lhe impõe o encargo de dizer o direito quando existirem vazios na lei. Na omissão do legislador, a solução

²⁸Supremo Tribunal Federal. *Notícias: supremo reconhece união homoafetiva*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

²⁹Idem. RE 477554 / MG – Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 01/07/2011. Publicação DJe-148. Divulgado 02/08/2011 publicado 03/08/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+477554.NUME.%29&base=basePresidencia>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

³⁰CASSOL, Daniel. *Ao reconhecer união gay, supremo educa sociedade, diz juíza*. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça gaúcho, Maria Berenice Dias é pioneira em decisões a favor de uniões gays. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ao+reconhecer+uniao+gay+supremo+educa+sociedade+diz+juiza/n1300153707304.html>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

tem que ser encontrada pelo juiz. Essa é a função criadora da Justiça.

O fato de não haver previsão legal para específica situação não impede seu reconhecimento nem significa inexistência de direito à tutela jurídica³¹.

Desse modo, aos poucos, os tribunais brasileiros vem consolidando o reconhecimento da união estável homoafetiva. Assim, o conceito de família passou à abranger mais um instituto, entre os já existentes.

Em outras palavras, a “união estável homoafetiva” é mais uma das novas entidades familiares que vem se consolidando e ganhando reconhecimento pela justiça brasileira.

1.5 Entidades familiares

Bem antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de família já não se restringia exclusivamente à instituição advinda do casamento, conforme estabelecido pela legislação pretérita. Outros campos do conhecimento que lidavam com as relações de família, anteviram uma ampliação no significado de família.

Visando demonstrar que bem antes da nova ordem constitucional entrar em vigor, o conceito de família já havia se expandido, dando lugar a um pluralismo de entidades familiares, Paulo Lôbo³² em sua obra cita os trabalhos de pesquisas realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), logo em seguida ao advento da Carta Constitucional de 1988.

Os resultados levantados pelo IBGE, já naquela época demonstravam que as relações familiares não estavam restritas ao modelo legal estipulado, aceito como

³¹DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*. / Maria Berenice Dias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2003. p. 11.

³²LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 78.

padrão. Destaca-se que as pesquisas ocorriam anualmente. Os dados apresentados mostraram a existência de novas unidades de convivência na realidade social daquele período. Veja-se as composições que foram encontradas além daquelas já previstas legalmente:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmão, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- j) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- m) uniões concubinas, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k) comunidade afetiva formada com 'filhos de criação', segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.

Ocorre que para os civilistas, a Carta Magna somente tutelava como entidade familiar os três tipos previstos no seu artigo 226³³, ou seja, o casamento, a união estável e a entidade monoparental, que constituiria rol taxativo.

Todavia, a interpretação da legislação passa a ser feita por outra ótica. Paulo Lôbo assevera que existem três preceitos constitucionais que levam à inclusão de entidades familiares, que somente são percebidas após uma nova interpretação. Para tanto, menciona o *caput* do supra artigo, bem como os seus §§ 4º e 8º.

Demonstrando o posicionamento adotado pelo autor, menciona-se o *caput* do artigo 226. Ante a ausência do termo “constituída pelo casamento”, que figurava nas

³³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Constituições anteriores, a família seria aquela constituída pelo casamento. Porém, tendo o legislador retirado a locução, sua intenção foi tutelar “qualquer família constituída socialmente”. Seria então a interpretação feita de maneira ampla.

Nesse sentido, o rol ora apresentado no artigo 226 seria então, apenas exemplificativo e os outros tipos de entidades familiares estariam nas entrelinhas, ou seja, implícitos. É o “conceito amplo e indeterminado de família”, que permite a existência de outros tipos de entidades familiares.

Caio Mário³⁴ também destaca: “novos tipos de grupamento humano marcados por interesses comuns e pelos cuidados e compromissos mútuos hão de ser considerados como novas ‘entidades familiares’ a serem tuteladas pelo direito.”

Quanto às várias possibilidades permitidas pelo conceito amplo de família, Maria Berenice Dias³⁵ afirma que é “A dita flexibilização conceitual” que permite à sociedade aceitar “[...] todas as formas que as pessoas encontram para buscar a felicidade”.

Assim, as entidades familiares existentes, são bem mais do que aquelas trazidas explicitamente pela Constituição. Em razão disso, a união homoafetiva encontra perfeita guarida como entidade familiar.

³⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 41.

³⁵DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

2 FILIAÇÃO

Diante do pluralismo advindo do conceito de família, o estado de filiação também passa por mudanças significativas. Como se depreende, os impactos das novas concepções surgidas, alteraram os mecanismos do estado de filiação, já que correlatos a própria composição do que hoje é considerado família. Destarte, breve delineamentos acerca do estado de filiação.

2.1 Filiação

Antigamente a noção de filiação estava ligada predominantemente ao vínculo decorrente da maternidade ou da paternidade. Uma relação de parentesco entre determinadas pessoas, ou seja, “relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”³⁶. Em outras palavras, consolida-se a relação parental tanto entre quem gerou, como entre aqueles que vieram a acolher o indivíduo como filho, caso da adoção.

Diante do processo de mudanças sociais e científicos, a concepção do ser humano vem sendo influenciada pela aplicação de técnicas de reprodução humana. Antes era necessária a união sexual entre homem e mulher, porém, há muito deixou de ser o único meio de conceber um filho.

Diante disso, mister que se aborde como o direito determina o estado de filiação, pois os critérios que ficavam restritos em uma única mulher e um único homem, podem aparecer separadamente, ou mais recentemente, em duas mulheres simultaneamente, conforme abordado neste trabalho.

³⁶DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família* - 17 ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei nº10406, de 10/01/02) - SP: Saraiva, 2002 p. 372.

Frente às enormes evoluções sociais e transmutações que vem ocorrendo, os paradigmas existentes no direito de família, sofrem alterações, consoante já alinhavado. O estado de filiação, do mesmo modo está sendo influenciado, pois novas possibilidades vão sendo criadas.

Nesse viés, necessário também traçar comentários sobre o significado de parentesco. Palavra de extrema importância quando se fala de filiação. Veja que a definição feita por Carlos Roberto Gonçalves³⁷, não deixa dúvidas que é a partir da noção de filiação que todas as regras de parentesco consanguíneo se estruturam:

Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa às aquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal a relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos.

Para Caio Mário, o parentesco, entre as variadas espécies de relações humanas, é das mais importantes. Afirmar ainda, que diante dos diversos aspectos de vinculação, existe uma classificação e distribuição de parentescos.

Com isso, o parentesco consanguíneo, referente a uma relação de vínculo biológico, que une descendentes e um ancestral comum, vem no primeiro plano. Depois teria o parentesco por afinidade, caracterizando-se pela ligação entre um dos cônjuges com os parentes do outro. E, por último, o parentesco em decorrência da adoção.

Segundo o autor, com a equiparação entre filhos biológicos e adotivos, expressa na Constituição Federal, além de vedações as designações discriminatórias, reafirmadas no Código Civil, os mesmos direitos e deveres oriundos da filiação biológica se estenderam aos filhos adotivos.

Cabe mencionar ainda, que filiação em sentido estrito, segundo Carlos Roberto Gonçalves³⁸, “é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada

³⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 318.

³⁸GONÇALVES, op. cit., p. 318.

filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. [...], pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade”.

Nesse mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias, assim define filiação: “vínculo jurídico que une o filho com seus pais, constituindo uma relação de parentesco estabelecida pela lei entre um ascendente e seu imediato descendente, ou seja, seu descendente em primeiro grau”³⁹.

Mais adiante, a exemplo de Caio Mário, Cristiano Chaves corrobora que a partir da Constituição Federal de 1988, por força do princípio da igualdade entre os filhos, ficou superada a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos.

...posição que alguém ocupa em um determinado núcleo familiar, pouco importando a origem com a qual alcançou essa condição, recebendo daqueles que exercem a função de pai e mãe, valores morais, éticos e religiosos para formar seu caráter, desenvolver sua personalidade e ter respeitado todos os direitos que lhe são garantidos pela Constituição Federal de 1988⁴⁰.

Com isso, o conceito adotado pelo ilustre professor coaduna-se melhor com a realidade social, atenta a nova composição de entidades familiares e também aos modernos meios de reprodução humana assistida, à guisa de exemplo cita-se a dupla maternidade, ora trazida à lume.

2.2 Preceitos constitucionais e o estado de filiação

Do mesmo modo que houve uma ampliação conceitual de família à luz da Constituição Federal, o estado de filiação também foi influenciado.

³⁹FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7.

⁴⁰FARIAS, op. cit., p. 8.

A Constituição Federal estabeleceu toda uma forma inovadora de se ver o direito. “É uma verdadeira carta de princípios, que impôs eficácia a todas as suas normas definidoras de direitos e de garantias fundamentais (CF 5.º § 1º)”⁴¹.

Para Roberto Baptista Dias da Silva⁴², as regras e princípios formam a Constituição. Assim, as normas constitucionais ou são regras ou, princípios.

O autor cita ainda, Ronald Dworkin, para enfatizar que entre regras e princípios, a diferença reside na natureza lógica. As primeiras podem ser válidas ou inválidas, enquanto que os últimos, “possuem a dimensão do peso ou importância e, quando colidem, o intérprete deve levar em conta a força relativa de cada princípio que está em jogo, no caso concreto”.

Afirma ainda que os princípios são normas de natureza aberta. Desse modo, “expressos em uma ou poucas palavras, acabam por comportar um rol bastante extenso de significados que se irradiam por todo o ordenamento jurídico [...]”. Logo a seguir, assevera que:

...são vetores de interpretação, na medida em que se revelam como alicerces do ordenamento jurídico, dando coerência ao sistema, e, em função de sua natureza aberta, seus enunciados favorecem a realização do trabalho interpretativo, especialmente o evolutivo.

A Constituição da República Federal traz os “princípios que podem ser tomados como fundamentos com base nos quais se prescrevem regras que têm por finalidade fazê-los efetivos em dada ordem de disciplina.” Conforme expõe Antônio Cláudio da Costa Machado⁴³.

Assim, a Carta Política do Brasil começa pelos princípios fundamentais. Esses estão elencados no Título I da Constituição Federal. Recebem essa

⁴¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

⁴²SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional* / Roberto Baptista Dias da Silva. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 33.

⁴³MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador) e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coordenadora). *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo* / Antônio Cláudio da Costa Machado, (organizador); Anna Candida da Cunha Ferraz, (coordenadora). – Barueri, SP: Manole, 2010. p. 3.

denominação, conforme afirma Érico Hack⁴⁴, “porque basicamente contém os valores, as políticas e as diretrizes que estão no alicerce da República”. Para ele, são os verdadeiros pilares da função do Estado brasileiro, carregados de significação e peso para todas as decisões e leis que sejam deles derivados.

Cabe destacar a existência de diferenças entre direitos e garantias fundamentais. Enquanto aqueles são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, essas são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direito (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados⁴⁵.

Em linhas gerais, os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, assegura a cada cidadão “[...] uma série de direitos necessários à sua existência, ao mesmo tempo em que impõe ao Estado o dever de atender e respeitar esses direitos⁴⁶.

Por isso, enquanto os princípios fundamentais norteiam todo o ordenamento jurídico, as garantias fundamentais buscam assegurar a qualquer indivíduo o exercício dos seus plenos direitos.

Nesse sentido, deve o Estado acompanhar as evoluções advindas da sociedade, ao mesmo tempo cumprindo os princípios constitucionais e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, conforme prevê o artigo 3º, inciso IV⁴⁷ da Constituição Federal.

Mediante o exposto e nas lições delineadas pelo professor Cristiano Chaves, pode-se dizer que há quatro princípios que norteiam à filiação⁴⁸, sendo eles: da

⁴⁴HACK, Érico. *Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos* / Érico Hack. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Curitiba: Ibpx, 2011. p. 55.

⁴⁵LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* / Pedro Lenza – 12. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 589.

⁴⁶HACK, Érico. *Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos* / Érico Hack. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Curitiba: Ibpx, 2011. p. 78.

⁴⁷IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴⁸FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 33.

dignidade humana, da igualdade, do melhor interesse do menor e da paternidade responsável.

Diante da suma importância de tais princípios, que proporcionaram uma interpretação de um direito de família constitucionalizado, que por consequente ser irradiou também para o estado de filiação, far-se-á breve explanação sobre tais preceitos constitucionais.

Não se pode olvidar que, existem vários outros princípios constitucionais que norteiam o direito de família, todavia a classificação sempre dependerá do ponto de vista do doutrinador. Contudo, a intenção foi abordar aqueles que estariam diretamente ligados ao estado de filiação.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Com o advento da Constituição Federal de 1998 que robusteceu-se a dignidade da pessoa humana como fundamento⁴⁹.

É o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal⁵⁰. Considerado o mais universal entre todos os princípios constitucionais, sendo pois, um macroprincípio que está ligado aos demais⁵¹. É como o sustentáculo para as famílias atuais, dando-lhes certeza de realizações, desenvolvimento e assistência entre os membros que as compõem⁵².

⁴⁹PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ Daniel (Orgs.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2003. p.146.

⁵⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.

⁵¹DIAS, op. cit., p. 59.

⁵²FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 36.

O Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, ao se manifestar em seu voto, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, assim se referiu ao princípio da dignidade humana:

...princípio-matriz da Constituição Federal, verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, consistente na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Com efeito, no núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana reside a possibilidade de que cada indivíduo, dotado de igual consideração e respeito por parte da comunidade em que se insere, formule e ponha em prática seu plano ideal de vida, traçando os rumos que entende mais afeitos ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

De acordo com Adriane Donadel⁵³, a supremacia do princípio da dignidade humana no direito de família, se manifesta no artigo 227⁵⁴ da Constituição Federal. Pois é no direito de família que esse princípio possibilita ao indivíduo se realizar, como membro de núcleo no qual encontra calor humano, abrigo e proteção⁵⁵.

Para Paulo Lôbo⁵⁶, o princípio da dignidade humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, por consequente, estabelecendo um dever geral quanto a respeito, proteção e intocabilidade.

Não é somente nas relações públicas que a pessoa humana deve ser protegida, mas principalmente em suas relações pessoais e é isso que o ordenamento constitucional busca garantir, já que o princípio da dignidade humana interfere diretamente na família, pois é um espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com outras pessoas⁵⁷.

⁵³DONADEL, Adriane. *Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família*. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

⁵⁴Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

⁵⁵CHANAN, Guilherme Giacomelli. *As entidades familiares na constituição federal*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 42, jun/jul 2007, p.51.

⁵⁶LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 60.

⁵⁷LÔBO, op. cit., p. 61.

2.2.2 Princípio da igualdade

Um dos princípios que mais repercutiu nas transformações do direito de família, segundo Paulo Lôbo⁵⁸, já que trouxe igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares.

Quanto as mudanças concernente à filiação, a Constituição Federal ao estabelecer a igualdade entre os filhos quebrou paradigmas. Estabeleceu no seu artigo 227, §6º⁵⁹, que todos os filhos, independente de terem sido constituídos na relação do casamento ou por adoção, tem os mesmos direitos e o mais importante, a proibição de quaisquer designações discriminatórias quanto à filiação. Assim, extinguiu a “abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais”⁶⁰.

Noutro giro, o Código Civil acompanhou o entendimento do preceito constitucional, reproduzindo *ipsis litteris* o dispositivo. Assim, atendendo à ordem constitucional, o Código Civil consagra o princípio da igualdade no âmbito do direito das famílias⁶¹. Sendo a regra constitucional dotada de força normativa, não necessitava de concretização infraconstitucional. Todavia, conforme disposto no novel diploma, reforçou o princípio.

Com isso, a lei dispensa tratamento igualitário à filiação, seja de origem biológica, seja decorrente da adoção.

2.2.3 Princípio do melhor interesse do menor

Consagrado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, preconiza:

⁵⁸Ibidem, p. 65.

⁵⁹§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁶⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 62.

⁶¹FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 39.

Dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Percebe-se que é um princípio essencial e de aplicação imperativa que visa tutelar tanto a criança como o adolescente, em todos os aspectos pertinentes ao bem-estar de ambos.

O princípio do melhor interesse da criança (e do adolescente), tem suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. Já ali, assegurava à criança proteção especial, estabelecidos por lei ou por outros meios, para que pudesse se desenvolver física, mental e socialmente de forma saudável e em condições de liberdade e dignidade, atendendo ao interesse superior da criança⁶².

Assim como o princípio da igualdade teve abrigo na legislação infraconstitucional por meio de dispositivos do Código Civil, o princípio do melhor interesse do menor foi acolhido por outra norma infraconstitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando adotou a doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente⁶³.

Importa destacar que o termo “menor”, diante da nova orientação jurídico-constitucional, deu lugar à criança e ao adolescente, reafirmando que são titulares de todos os direitos fundamentais. Mesmo assim, alguns diplomas legais ainda mantêm aquele termo, como aponta Murillo José Digiácomo⁶⁴:

Interessante observar que o legislador (a exemplo do que já havia feito o constituinte, quando da promulgação do art. 227, de nossa Carta Magna) deixou de utilizar, propositalmente, o termo “menor”, que possui uma conotação pejorativa e discriminatória, incompatível, portanto, com a nova orientação jurídico-constitucional, que além de

⁶²PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 04.

⁶³RODRIGUES, Maria Alice. *As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia*. Revista Estudos Jurídicos, São Leopoldo, v. 36, n. 97, p. 217.

⁶⁴DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado / Murillo José Digiácomo e Ideara Amorim Digiácomo*. - Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010, p. 4.

alçar crianças e adolescentes à condição de titulares de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana (dentre os quais os direitos à dignidade e ao respeito), também impôs a todos (família, comunidade, sociedade em geral e Poder Público, o dever de respeitá-los com a mais absoluta prioridade, colocando-os a salvo de qualquer forma de discriminação ou opressão (cf. arts. 4º, caput e 5º, do ECA e art. 227, caput, da CF), o que compreende, obviamente, a própria terminologia utilizada para sua designação. Embora impróprio, o termo “menor” continua, no entanto, a ser utilizado em outros Diplomas Legais, como a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e o Código Civil (CC).

Independentemente de ser menor ou criança e adolescente, este princípio é um norteador no ordenamento jurídico na solução de conflitos que envolvam os interesses desses indivíduos.

2.2.4 Princípio da paternidade responsável

E por último, um princípio que parte de outros três: da dignidade humana, solidariedade e da igualdade. Visa orientar os chefes do núcleo familiar a um livre planejamento sobre a quantidade e a forma com que os filhos serão recebidos no seio familiar⁶⁵.

Trata-se de um princípio que tem como objetivo orientar aos pais quanto ao dever de assistir, criar e educar os filhos, que deve subsistir mesmo diante da ruptura do núcleo familiar. Destarte, esse dever já preexiste ao próprio nascimento ou concepção da criança, já que fundamenta o planejamento familiar⁶⁶.

⁶⁵FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 44.

⁶⁶MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2081

2.4 Tipos de filiação

Como se observa, o estado de filiação não fica incólume as constantes modificações ocorridas nas relações familiares, sendo afetada por consequente, frente aos novos rumos pelos quais se enveredam o direito de família.

Antigamente a filiação não apresentava maiores problemas, com exceção quanto à discriminação dos filhos havidos fora do casamento. A maternidade era incontestável, pois que a gravidez e o parto estavam ligados, dando origem ao princípio *mater sempre certa est*. Como bem explica Carlos Roberto Gonçalves⁶⁷: “Em regra, o simples fato do nascimento estabelece o vínculo jurídico entre a mãe o filho”. Caso a mãe fosse casada, automaticamente a paternidade estava confirmada, sendo o marido considerado o pai, consagrando assim, o princípio do *pater is est quem nuptiae demonstrant*, ou seja, o pai da criança é o marido da mãe.

Assim, antes do advento da Carta Política de 1988, havia distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos. Aprofundando um pouco mais nos critérios que vigoravam, Roberto Senise Lisboa⁶⁸, descreve a classificação dos filhos em quatro tipos:

Filho legítimo era aquele concebido em decorrência das justas núpcias, isto é, do casamento regular.

Considerava-se legítimo, ainda, o filho nascido de casamento putativo ou aparente.

Filho adotivo era aquele resultante do procedimento de adoção e que podia não ter os seus direitos equiparados ao do filho legítimo, caso a adoção não fosse plena, porém simples (como previa o revogado Código de Menores, de 1979).

Filho legitimado era aquele concebido em decorrência de união ilícita, porém posteriormente regularizada pelo casamento válido e eficaz.

(...)

Filho ilegítimo ou bastardo era aquele não originário das justas núpcias, isto é concebido fora da relação conjugal (*extra matrimonium*).

⁶⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 320.

⁶⁸LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões* / Roberto Senise Lisboa – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262

Vê-se claramente que haviam várias distinções entre os filhos, havidos ou não do casamento. Contudo, a partir da Constituição Federal de 1988, todos os filhos deveriam ser tratados com igualdade, por força do artigo 227, §6º. Com isso, iniciava-se um novo entendimento sobre a filiação, ante o preceito constitucional, pondo-se fim a classificação dos filhos em legítimos ou ilegítimos.

Além disso, também a norma infraconstitucional, por meio do Código Civil, também veio a reproduzir fielmente o dispositivo constitucional. Assim, o enunciado do artigo 1.596⁶⁹ de que os filhos de origem biológica e não biológica têm os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações, reproduz norma equivalente da Constituição Federal⁷⁰.

Importa dizer que o Código Civil tratou em capítulos diferentes os filhos havidos da relação de casamento e os havidos fora do casamento⁷¹.

Numa perspectiva mais atual, Arnaldo Rizzardo⁷² estabelece como espécies de filiação, quanto à natureza, três tipos:

- a) Biológica – decorre das relações sexuais dos pais. O filho tem o sangue dos pais – daí ser filho consanguíneo;
- b) Biológica presumida – decorre do nascimento do filho enquanto perdura o casamento, ou até certo tempo após a sua desconstituição, faz presumir que o pai é aquele que convive com a mãe;
- c) Sociológica – decorre da adoção, sem vínculos biológicos, mas admitida e reconhecida por engenho da lei.

Por outro lado, Cristiano Chaves⁷³, afirma que o instituto da filiação é dividido em quatro (sic) pontos de partida, visando facilitar o estudo do tema e com finalidade meramente acadêmica. Seriam então:

⁶⁹Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

⁷⁰LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 217.

⁷¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 317.

⁷²RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família* / Arnaldo Rizzardo. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 341-342.

- a) Biológica – filho é aquele que detém os genes do pai;
- b) Adotiva – filiação estabelecida pela adoção, formando vínculo idêntico à filiação biológica, sendo uma ficção jurídica;
- c) Socioafetiva – filiação caracterizada pela relação de parentalidade que prescinde vínculo biológico.

Essa classificação parece ser a mais adequada, pois como explica o próprio autor: “não se pode manter como paradigma pontos pré-estabelecidos acerca da filiação em um momento em que a lei e a ciência desenvolvem e reconhecem mecanismos que substituem a filiação decorrente de ato sexual”.

2.5 O registro de filiação

A filiação é, portanto, o vínculo constituído entre um sujeito e seus pais, pouco importando o meio de sua formação. A filiação deve ser demonstrada pela certidão do registro de nascimento, efetuado junto ao cartório civil⁷⁴.

Lisboa afirma ainda, se a pessoa não dispor de meios de comprovação formal do registro de nascimento, poderá demonstrar por outros meios que existe vínculo de filiação, denominada de posse do estado de filiação. Por sua vez, esse se manifesta em uma das três figuras: *a reputatio*, *a nominatio* e *a tractatus*.

Prosseguindo, o autor aduz que deve haver o reconhecimento judicial da posse do estado de filiação para que haja o registro civil por determinação do Judiciário.

Para Caio Mário, “das relações de parentesco, a mais importante é a que se estabelece entre pais e filhos [...]. Nos estudos que envolvem a convivência familiar sobrepõe-se o binômio filiação-paternidade ou filiação-maternidade”⁷⁵.

⁷³FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12-21.

⁷⁴LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões / Roberto Senise Lisboa* – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 260.

Por sua vez, Paulo Lôbo⁷⁶, se posiciona sobre filiação como um conceito relacional onde:

[...] é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga.

Para o direito brasileiro, ensina ainda o eminente doutrinador, a filiação pode ser biológica e não biológica. Sendo a filiação “uma construção cultural, resultante da convivência familiar e da afetividade, o direito a considera como um fenômeno socioafetivo, incluindo a de origem biológica, que antes detinha a exclusividade.”

De acordo com o Código Civil, no artigo 1.603⁷⁷, a filiação é provada mediante certidão do registro do nascimento. Não exige a prova de origem genética, bastando a declaração perante o oficial do registro público⁷⁸.

É o registro de nascimento que constitui a parentalidade registral, gozando de presunção de veracidade e publicidade, conforme estatui o artigo 1.603⁷⁹, do Código Civil. Para lei, o registro de nascimento é meio de prova da filiação, porém não é a única, pois o artigo 1.609⁸⁰ elenca outros, referentes aos filhos que não nasceram na constância da relação conjugal.

O registro de nascimento ainda é principal fonte de direitos e deveres, mesmo sendo superado pelo valor do liame socioafetivo⁸¹.

⁷⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009. p. 325.

⁷⁶LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 216.

⁷⁷Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

⁷⁸LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 232.

⁷⁹Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.

⁸⁰ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

⁸¹DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 328.

É por meio da Lei nº 6.015⁸², que o sistema de registro público foi instituído. Nesse diploma legal, confere-se ao registro de nascimento das pessoas físicas, os efeitos declaratórios.

Não obstante, a legislação pertinente não traz qualquer óbice quanto a possibilidade de constar na certidão de nascimento de uma pessoa, que figure dois pais ou duas mães.

Amanda Netto Brum⁸³, em texto publicado na internet, cita Maria Helena Diniz, quanto da possibilidade legal do registro de nascimento feito por casais homoafetivos:

Destarte, conforme enfatiza Diniz (2008) não há qualquer discriminação com relação à sexualidade biológica dos adotantes na legislação pertinente e, sendo adotada por par homoafetivo masculino ou feminino, a criança ou o adolescente terá seu registro civil elaborado de acordo com os requisitos habituais, já que não há qualquer vedação na lei que impeça de constarem como pais ou mães duas pessoas do mesmo sexo.

O Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010, regulamentou o artigo 29, incisos I, II e III, da Lei nº 6.015/73. O artigo 1º do Decreto, estabeleceu que “A certidão decorrente do registro previsto art. 29, inciso I, [...], observará o modelo determinado em ato conjunto do Ministério da Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República”

O novo modelo de certidão de nascimento, lançado pela Corregedoria Nacional de Justiça, órgão vinculado ao Conselho Nacional de Justiça, por meio do provimento nº 3⁸⁴, trouxe um campo denominado filiação. Nesse, tanto pode-se ter

⁸²BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

⁸³NETTO BRUM, Amanda. *A família homoparental e o registro civil de nascimento*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10019>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

⁸⁴Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 3, de 17 de novembro de 2009*. O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, no uso de suas atribuições legais e regimentais Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_03.pdf>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

somente o nome do pai ou da mãe, ou de ambos. Porém, nada obsta que também seja colocado os nomes de dois pais ou de duas mães.

Com isso, presume-se perfeitamente a possibilidade jurídica do registro civil constar o nome de duas mães, caracterizando a dupla maternidade, de igual modo o nome de dois pais.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida permite que pessoas, por motivos diversos, gerem vida por meios artificiais. No primeiro momento vem em auxílio dos casais compostos por um homem e uma mulher. Atualmente, também serve aos casais homoafetivos.

3.1 Reprodução humana assistida

Ao conjunto de técnicas que auxiliam o processo de reprodução humana foi dado o nome de técnicas de reprodução assistida (TRA)⁸⁵. O termo deu lugar às expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, consoante o Enunciado nº 105, da I Jornada de Direito Civil – Conselho da Justiça Federal⁸⁶.

Estas técnicas trazem reflexos constitucionais relevantes porque, ao mesmo tempo, levantam questões importantes que precisam ser vislumbradas e solucionadas. Elas ajudam na criação da vida e na constituição da família⁸⁷.

A verdade biológica se caracteriza pela realização de exames laboratoriais. Esses permitem afirmar que existe uma liame biológico entre duas pessoas. Em oposição a essa verdade biológica, tem-se o estado de filiação. A característica desse, dar-se em razão da estabilidade dos laços de filiação, constituindo a paternidade ou a maternidade. Conforme exposto por Maria Berenice, ao citar Paulo Luiz Netto Lobo⁸⁸.

⁸⁵BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios / Christian de Paul de Barchifontaine* – Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 123.

⁸⁶CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 7 abril 2012.

⁸⁷ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 27.

⁸⁸DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 326.

Houve momento que a filiação biológica foi superada pela filiação afetiva. A realidade biológica deixou de ser considerada como suficiente para identificar o vínculo de filiação, prevalecendo a verdade afetiva.

A biotecnologia⁸⁹ trouxe várias possibilidades para a humanidade. Acabou por interferir também nas estruturas familiares, pois a partir da sua evolução, criou-se novas formas de filiação.

O Código Civil inovou quanto a presunção da paternidade e da maternidade. O Artigo 1.597⁹⁰ acrescentou mais três causas as já existentes. Essas decorrentes da manipulação genética. Na lição de Paulo Lôbo, referem-se a fecundação por inseminação artificial homóloga, a fecundação por inseminação artificial de embriões excedentários (espécie da anterior) e a fecundação por inseminação artificial heteróloga.

Entretanto, segundo o eminente professor, “essas presunções, por sua natureza, devem ser interpretadas restritivamente, ‘não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição’, segundo o enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal”⁹¹.

Belmiro Pedro Welter⁹² assim define os três tipos de fecundações: inseminação artificial homóloga é a coleta de material genético dos cônjuges ou conviventes; a heteróloga, por sua vez, é a coleta de material genético de pelo

⁸⁹A palavra “biotecnologia” surgiu no século XX, quando o cientista Herbert Boyer introduziu o gene responsável pela fabricação da insulina humana em uma bactéria, para que ela passasse a produzir a substância. A partir de então teve início a biotecnologia moderna. A pesquisa científica trouxe novas técnicas que permitiram a transferência de genes de uma espécie para outra, proporcionando uma gama de aplicações voltadas ao benefício da saúde da sociedade. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/ciencia-e-tecnologia/tecnologia-de-ponta/biotecnologia>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

⁹⁰Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁹¹LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil). p. 221.

⁹²WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva* / Belmiro Pedro Welter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 100.

menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas (sêmen ou óvulos) de um ou de outro cônjuge ou companheiro; e, a inseminação por embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, seria aquela decorrente do uso de embriões que não foram utilizados, ou seja, de uma inseminação anterior.

De outro lado, todas essas técnicas, incluindo-se o uso de óvulos doados e a gestação de substituição, são técnicas de reprodução humana medicamente assistida. Além da reprodução por meio da inseminação artificial (IA), descritas no parágrafo acima, há outras, como: por fertilização *in vitro* (FIV), pelos gametas (GIFT), com os zigotos (ZIFT), com embriões (FIVETE), mediante gestação substituta e pela clonagem.

Os casais formados por pessoas do mesmo sexo não dispõem de capacidade reprodutiva. Em decorrência, somente recorrendo a uma terceira pessoa, podiam gerar filhos. Entretanto, tal situação não agradava a todos, por ter que dividir a intimidade com uma pessoa estranha. Além disso, somente um dos parceiros teria laços biológicos com os filhos, ou seja, restaria ao outro somente a filiação afetiva. Essa situação passou a mudar com os avanços da biotecnologia.

Além de proporcionar a possibilidade da geração da vida, por método artificial, científico ou técnico, a reprodução assistida, permitiu aos casais homossexuais que tivessem filhos sem precisar do ato sexual com uma terceira pessoa. Adiante, surgiram mecanismos que favoreceram os casais homoafetivos, contribuindo para o exercício da dupla maternidade ou mesmo, da paternidade.

Maria Berenice descreveu esse comportamento, retratando bem as conquistas de casais homoafetivos no campo da reprodução assistida e a filiação homoparental, além de mencionar que a legislação nada diz a respeito do assunto.

É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de **bancos de material reprodutivo**, o que permite a um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. Gays utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizando *in vitro*, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não há restrição alguma nem pode haver qualquer **obstáculo legal** para impedir tais práticas. [...] De outro lado, permitir que exclusivamente

o **pai biológico** tenha um **vínculo jurídico** com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliativa da estrutura da família⁹³.

No caso de casais lésbicos, onde há a possibilidade da dupla maternidade em que tanto a mãe biológica quanto a mãe gestacional “geram” os mesmos filhos, o método científico de reprodução empregada é a inseminação artificial heteróloga, por meio de fertilização *in vitro* dos óvulos de uma das mulheres, fecundados com sêmen de doador anônimo, em que os embriões são implementados para o útero da outra. Foi o procedimento adotado pelas duas mulheres que tiveram a dupla maternidade reconhecida pelo Poder Judiciário.

Em tempos passados, o casamento era tido como um meio para a procriação, esse era seu propósito. Todavia, com os avanços tecnológicos da biotecnologia, em especial na reprodução assistida, um novo papel formou-se acerca da sexualidade humana, conforme assevera Carlos Alberto Lunelli e Jeferson Marin⁹⁴.

Os autores, afirma que “Para o ser humano, procriar é mais, muito mais, do que simplesmente garantir a perpetuação da espécie. A procriação pode significar a plena realização do indivíduo”.

Continuam ainda:

Com o avanço tecnológico, cindiu-se a procriação da sexualidade e provocou-se verdadeira revolução nesse campo, ainda mais a partir das possibilidades de obtenção de uma nova vida, dispensando-se por completo o ato sexual, forma natural de alcançar a procriação.

Inicialmente o uso da reprodução assistida visava tão somente solucionar os problemas daqueles que achavam-se impossibilitados de gerar uma nova vida, fosse por condições físicas ou simplesmente optavam por ter filho sem praticar o ato de sexualidade.

⁹³DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 335.

⁹⁴LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *Procriação artificial, identidade genética e afeto: a construção de um novo paradigma*. Revista Brasileira de Direito / Faculdade Meridional – ano 1 n.1 (jul./dez. 2005). Passo Fundo: IMED, 2005. p. 213.

Com isso, os casais que apresentavam algum problema para procriar, tiveram a disposição, meios para auxiliá-los. Todavia, sendo possível o uso da reprodução assistida por casais heterossexuais, legalmente nada impedia que também fosse utilizada por casais homossexuais.

Assim como a inseminação heteróloga, que enfrenta resistências de ordem psicológicas, morais e religiosas, especialmente em relação à questão do estabelecimento da filiação⁹⁵, os entraves quando se trata de casais homossexuais, são até mais rigorosos, ante a complexidade de se ter pessoas do mesmo sexo tendo filhos exclusivos constituindo uma família.

Porém, com as mudanças em decorrência dos novos modelos familiares, principalmente aqueles formados por pessoas do mesmo sexo, aos poucos os tribunais vão superando os obstáculos sociais e legais acerca da filiação com dupla maternidade ou paternidade, principalmente quanto a primeira.

Segundo Ciça Vallerio⁹⁶, do jornal O Estado de São Paulo, “[...] a procura por vertilização (*sic*) assistida e vitórias na Justiça revelam a diversidade das famílias formadas por filhos com duas mães”. Na reportagem, a autoria afirma ainda que:

A reprodução assistida tem sido cada vez mais procurada por casais de lésbicas que querem ter filhos. A morosidade do processo de adoção e a dificuldade de homossexuais em conseguir adotar tem levado muitas mulheres a recorrer à inseminação artificial.

Essa técnica de inseminação artificial, em que os óvulos de uma das companheiras são fecundados por sêmen de doador anônimo e implantados no útero da outra, recebeu o nome de Recepção de Óvulos da Parceira (ROPA). De acordo com Maria Berenice Dias⁹⁷, advogada e ex-desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “A fecundação do óvulo de uma no útero da outra é a

⁹⁵LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *Procriação artificial, identidade genética e afeto: a construção de um novo paradigma*. Revista Brasileira de Direito / Faculdade Meridional – ano 1 n.1 (jul./dez. 2005). Passo Fundo: IMED, 2005. p. 218.

⁹⁶VALLERIO, Ciça. *Dupla maternidade*. Filme premiado, histórias reais, procura por vertilização (*sic*) assistida e vitórias na Justiça revelam a diversidade das famílias formadas por filhos com duas mães. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,dupla-maternidade,715887,0.htm>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

⁹⁷OLIVEIRA, Eduardo / AE. *Em defesa dos direitos homoafetivos*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/em-defesa-dos-direitos-homoafetivos.cont>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

maior evidência de que o filho é de ambas. Uma é a mãe gestacional e a outra, biológica.

De acordo com o *site* do jornal *elmundo*⁹⁸, o método ROPA consiste em uma das mulheres gestar o óvulo da outra. Segundo o noticiário, esse procedimento está sendo realizado pelo Instituto de *Reproducción CEFER*. Essa instituição oferece o procedimento para casais de lésbicas. No endereço eletrônico, pode ser lido que na Espanha a lei reconhece os mesmos direitos, tanto para casais heterossexuais, quanto homossexuais. Portanto, não tendo impedimento legal para que um casal lésbico possa ter filhos. Confira:

En España la Ley reconoce los mismos derechos para parejas homosexuales y heterosexuales y por tanto no pone impedimento alguno para que dos mujeres puedan llevar a cabo su deseo de tener hijos.

En función de la edad de la mujer que desea quedar embarazada se puede realizar Inseminación Artificial (IA) o Fecundación In Vitro (FIV) con semen de donante anónimo (Semen de Banco). Otra posibilidad es fecundar los óvulos de una mujer con semen de donante anónimo y transferir los embriones obtenidos a la pareja para que sea ésta la que lleve adelante la gestación. Esta técnica se denomina ROPA (Recepción de Óvulos de la PAreja). Esta puede ser la única salida para las mujeres que desean quedar embarazadas pero no tienen óvulos válidos para ser fecundados.⁹⁹

Assim, acompanhando o entendimento de Maria Berenice¹⁰⁰, “a partir do momento em que a Medicina conseguiu assegurar a todos o direito de ter filhos, nada justifica não admitir que os métodos procriativos sejam usados por casais do mesmo sexo”. Veja que a autora abre espaço para métodos que são usados fora do país.

⁹⁸El procedimiento, que ya ha sido bautizado como ROPA, acrónimo de Recepción de Óvulos de la Pareja, es básicamente una fecundación 'in vitro'. Nada médicamente nuevo, aunque socialmente representa una revolución. Dos mujeres se 'unen' para concebir un hijo: una pone el óvulo y la otra el útero. El primero se insemina con esperma de un donante anónimo y el embrión resultante se transfiere a la matriz de la segunda, que llevará adelante la gestación”. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/suplementos/salud/2009/800/1239832803.html>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

⁹⁹Disponível em: <<http://www.institutocefer.com/es/madres-solteras-parejas-lesbianas.php>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

¹⁰⁰OLIVEIRA, Eduardo / AE. *Em defesa dos direitos homoafetivos*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/em-defesa-dos-direitos-homoafetivos.cont>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

Em defesa dos direitos dos casais homoafetivos, a ilustre advogada cita que junto ao Conselho Federal de Medicina (CFM), não há obstáculo ético na gestação feita com o óvulo de uma mulher no útero da companheira.

Cumprе ressaltar que o CFM, instituição que regula as regras para a reprodução assistida por meio da Resolução nº 1.957/2010, atualizou esses procedimentos. Segundo publicado no portal de informações G1¹⁰¹, “CFM libera reprodução assistida para casais homossexuais”, diante da evolução da medicina, o Conselho adaptou as regras, adequando-as a realidade social.

A Resolução anterior (1.358/1992), não especificava se casais homossexuais poderiam ser beneficiados pelo uso das técnicas de reprodução assistida. Entretanto, o novo regramento trouxe no seu texto o termo “as pessoas”, no lugar de “paciente ou casal infértil”, conforme esclarece o Dr. Arnaldo Schizzi Cambiaghi¹⁰². Dessa forma, “abriu-se a possibilidade para casais homoafetivos, homens e mulheres solteiros”.

3.2 Técnicas de reprodução assistida

As técnicas de reprodução assistida são cada vez mais comuns e, dada sua complexidade, provocam discussões jurídicas das mais relevantes¹⁰³. Para Fachin (1999 apud DIAS, 2007, p. 329) As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” incluem todas as “técnicas de reprodução assistida” que permitem a geração de vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico.

¹⁰¹ Globo.com. *CFM libera reprodução assistida para casais homossexuais*. Conselho Federal de Medicina anunciou novas regras para o procedimento. Especialistas terão que seguir normas mais rígidas. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/01/cfm-permite-que-gays-tenham-filhos-por-reproducao-assistida.html>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

¹⁰² CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. *Reflexões do autor sobre a resolução cfm nº 1.957/2010*. Reflexões do Autor sobre as novas regras da Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/reflexoes-sobre-as-novas-regras-da-reproducao-assistida.html>>. Acesso em: 5 de nov. de 2011.

¹⁰³ JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Revista IOB de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese, v 1, n1, jul. 1999, p. 11.

Embora a reprodução humana assistida tenha se iniciado há muito tempo por meio da inseminação artificial, nos últimos anos conseguiu grande impulso a partir da prática, cada vez mais frequente, da fecundação *in vitro* e técnicas semelhantes¹⁰⁴.

Segundo o Doutor ELVIO TOGNOTTI¹⁰⁵, de forma didática é possível dividir as principais metodologias em RA. Ele ordena as técnicas em:

1. Transferência de gametas
 - a) Espermatozóides
 - ICI – inseminação intracervical
 - IUI – inseminação intra-uterina
 - DIPi – inseminação intraperitoneal direta
 - VITI – inseminação intratubária via vaginal
 - b) Oócitos e espermatozóides
 - GIFT – transferência de gametas intratubária
 - POST – transferência peritoneal de oócitos e sêmen
2. Transferência de pré-embriões:
 - a) Para o útero
 - FIV clássica – fertilização *in vitro* e transferência de pré-embriões para a cavidade uterina
 - b) Para as trompas
 - PROST – transferência no estágio de pró-núcleo
 - ZIFT – transferência no estágio de zigoto
 - TET – transferência no estágio de pré-embrião clivado

Percebe-se que as técnicas de reprodução assistidas são bem variadas. Todavia tal classificação remonta aos anos 90 e conforme já dito, frente aos avanços científicos contínuos, evoluem constantemente. Porém, a título de conhecimento e para uma noção geral, citou-se os estudos de um especialista da área.

Conforme colocado por Juliana Frozel¹⁰⁶ ao citar Deborah C Alvarez de Oliveira, “embora o leque de técnicas cientificamente desenvolvidas seja bastante amplo, é importante descrever, ainda que sucintamente, as mais utilizadas”.

Dessa forma e de acordo com alguns doutrinadores jurídicos, será feita uma abordagem com as principais técnicas de reprodução assistida. Para Cristiano

¹⁰⁴ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito* / Juliana Frozel de Camargo. – Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 21-22.

¹⁰⁵ TOGNOTTI, Elvio. *A esterilidade conjugal na prática da propedêutica básica à reprodução assistida* / Elvio Tognotti, José A. Pinotti – São Paulo: Roca, 1996, p. 112.

¹⁰⁶ CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito* / Juliana Frozel de Camargo. – Campinas, SP: Edicamp, 2003, p. 27.

Chaves de Farias, que prefere o nome de reprodução medicamente assistida, trata-se de gênero, do qual derivam duas espécies: a inseminação artificial e a fertilização na proveta (também chamada de fertilização *in vitro* – FIV)¹⁰⁷.

3.2.1 Inseminação artificial

Trata-se de introduzir sêmen na cavidade uterina, por métodos artificiais. Podendo ser: intracervical, consiste no depósito de sêmen no colo do útero; intravaginal, é a introdução diretamente na vagina do material recolhido com uma seringa; e, intrauterina, que é a transferência do sêmen no interior da cavidade uterina usando uma injeção¹⁰⁸.

É o procedimento em que se realiza a concepção *in vivo*, no próprio corpo da mulher. O médico prepara e implanta o material genético para que ocorra a fecundação¹⁰⁹.

3.2.1.1 Inseminação artificial homóloga

Refere-se a manipulação de gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). Com isso, permite-se que a fecundação substitua a concepção natural que haveria na cópula. Ocorre em decorrência da impossibilidade ou deficiência da mulher ou do marido para gerar¹¹⁰.

¹⁰⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06 – lei maria da penha e com a lei n. 11.441/07 – lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 500.

¹⁰⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões / Roberto Senise Lisboa* – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

¹⁰⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06 – lei maria da penha e com a lei n. 11.441/07 – lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 500

¹¹⁰ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil), p. 221-222.

Segundo Maria Berenice¹¹¹, “é a manipulação de gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo”. Não há necessidade da outorga marital.

Destaca-se que a técnica restringe-se somente ao casal, não havendo necessidade do material genético de outra pessoa.

3.2.1.2 Inseminação artificial heteróloga

Ocorre quando o óvulo da mulher é fecundando pelo sêmen de outro homem, normalmente doador anônimo, que não o marido¹¹².

Geralmente ocorre quando o homem apresenta problemas no sêmen. Entretanto, conforme leciona Lôbo¹¹³, não existe exigência legal quanto ao marido ser estéril ou não possa procriar por qualquer razão, seja física ou psíquica. Sendo exigido apenas que haja prévia autorização dele para o uso de material genético de outro homem.

O vínculo de filiação será estabelecido com a parturiente e, sendo casada, o marido será o pai, por presunção legal, caso tenha autorizado¹¹⁴.

3.2.1.3 Fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro* ocorre por meio da fecundação do óvulo pelo espermatozoide em laboratório. Os gametas, masculino e feminino, são colhidos e

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 329.

¹¹² LÔBO, op. cit., p. 224.

¹¹³ Ibidem, p. 224.

¹¹⁴ DIAS, op. cit., p. 329.

colocados em contato *in vitro*. O embrião resultante é transferido para a cavidade uterina.

Esta técnica de reprodução busca satisfazer a vontade do casal gerar filhos. O homem e a mulher são férteis, a disfunção está nas trompas, um órgão feminino e local onde os gametas, masculino e feminino, se encontram para a fecundação¹¹⁵.

Assim como na inseminação artificial, há a fecundação *in vitro* homóloga, decorrente do óvulo e espermatozóide do próprio casal, e a do tipo heteróloga, em que pelo menos um dos gametas provém de um doador externo ao casal¹¹⁶.

3.3 Nova realidade social: dupla maternidade

A imprensa vinculou nos principais meios de comunicação, decisão proferida pelo Poder Judiciário que autoriza e reconhece o registro da dupla maternidade na certidão de nascimento de duas crianças.

No dia 30 de agosto de 2011, a Folha de São Paulo, por meio do site Folha.com, trouxe a seguinte reportagem: “*Casal de lésbicas tem dupla maternidade reconhecida pela Justiça*”¹¹⁷. A matéria relatou a história de duas mulheres que vivem relacionamento homoafetivo. Enquanto uma delas gerou a criança, a outra, na condição de companheira da mãe, realizou a adoção. Posteriormente a Justiça concedeu o pedido da dupla maternidade, autorizando que os nomes das duas mulheres constassem na certidão de nascimento, como mães da criança.

¹¹⁵ CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas – limites da biologia ou biologia sem limites*. Rio de Janeiro: Uerj, 2001, p. 70.

¹¹⁶ SOUZA, Priscilla Fernandes de Carvalho. *Reprodução humana assistida: a maternidade por substituição e o problemas decorrentes do direito de filiação*. 2008. Monografia (Graduação): Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008. p. 12.

¹¹⁷ TRINDADE, Eliane. *Casal de lésbicas tem dupla maternidade reconhecida pela justiça*. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/967447-casal-de-lesbicas-tem-dupla-maternidade-reconhecida-pela-justica.shtml>>. Acesso em: 30 out. 2011.

Na matéria, Eliane Trindade, cita ainda que a especialista em direito homoafetivo, Cléo Dumas afirma a existência no Brasil, de outros casos de dupla maternidade. Segundo Cléo, seriam outros dois, um ocorrido em São Paulo e outro, no Pará. No primeiro caso, uma das mulheres doou o óvulo para sua parceira, enquanto essa teria sido fecundada, gestado e dado à luz, ou seja, uma é a mãe biológica enquanto a outra, mãe gestacional. Já o segundo caso, menos complexo, refere-se a um processo de adoção realizada por um par de lésbicas, que reivindicaram junto ao Poder Judiciário, que nos documentos dos adotados constem os nomes de ambas.

Tal situação não se restringe somente às mulheres homossexuais. Já em 2007, A revista *Isto é* abordou o assunto. Na edição de nº 1987, de 28 de novembro de 2007¹¹⁸, uma das matérias da revista, versou sobre os direitos *gays*, que lentamente viam sendo reconhecidos pelos tribunais, empresas e governos estaduais. Destaca-se nessa reportagem a menção sobre dois homens que vivendo uma relação homoafetiva, adotaram uma criança e conseguiram o registro da dupla paternidade, sendo o primeiro caso no Brasil que se tem conhecimento, segundo a matéria.

Entretanto, dessas situações que começam ter visibilidade e serem reconhecidas pelo judiciário, uma foge à compreensão do senso comum. Ela não diz respeito exclusivamente ao registro de nascimento dos filhos com dupla maternidade ou paternidade. O que há de especial diz respeito a forma pelo qual os filhos foram gerados. Filhos que possuem “duas mães legítimas”.

Para isso, uma das companheiras teve seus óvulos fecundados, por sêmen de doador desconhecido. Posteriormente foram implantados no útero da sua companheira, que veio a gestar e dar à luz, um casal de gêmeos. Depois de conseguirem ser “mães simultâneas” dos mesmos filhos, pretenderam ter seus nomes constando na certidão de nascimento dos seus filhos. Também querem o direito de poder usar seus sobrenomes na formação dos prenomes das crianças.

¹¹⁸ FURTADO, Jonas. *O avanço dos direitos gays*. Com a legislação federal parada no tempo, tribunais, empresas e governos estaduais dão um passo à frente ao tratar homossexuais e heterossexuais da mesma forma. Disponível em: <
[http://www.istoe.com.br/reportagens/6224_O+AVANCO+DOS+DIREITOS+GAYS?](http://www.istoe.com.br/reportagens/6224_O+AVANCO+DOS+DIREITOS+GAYS?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage)
[pathImagens=&path=&actualArea=internalPage](http://www.istoe.com.br/reportagens/6224_O+AVANCO+DOS+DIREITOS+GAYS?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage)>. Acesso em: 30 out. 2011.

Esse caso chegou a Poder Judiciário. Em decisão inédita, o juiz Fábio Eduardo Basso, da Sexta Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II - Santo Amaro, da Comarca de São Paulo, julgou procedente a demanda. Nessa, as duas mulheres, a mãe biológica e a mãe gestacional, ajuizaram Ação Declaratória de Reconhecimento de Filiação homoparental. Conforme constante na decisão, o magistrado concedeu autorização para que realizasse o registro na certidão de nascimento da dupla maternidade. O julgamento aconteceu em 30 de dezembro de 2010.

Antes porém, a revista *Época* antecipara que essa situação seria analisada pelos tribunais pátrios. No site do periódico, *revistaepoca.globo.com*, no dia 13 de março de 2009, o título da reportagem foi: “*Estou grávida da minha namorada*”¹¹⁹. A matéria trouxe à tona que possivelmente a decisão da justiça brasileira seria favorável, reconhecendo a dupla maternidade simultânea.

A reportagem narra a história do casal de lésbicas. Como as duas mulheres se conheceram e quando surgiu a ideia de juntas serem mães. Que, enquanto uma consentiu em usar sua própria barriga, a outra, teve seus óvulos fecundados e implantados na barriga da sua companheira. A reportagem descreveu ainda que: “Para a lei, mãe biológica é quem carrega a criança no ventre. Mas um exame de DNA mostraria o contrário”. Provocando assim, uma necessária reflexão por parte da sociedade, pois o que até então, era considerado como modelo de família moderna, como o advento da Carta Política, passou a comportar mais um tipo na sua definição.

Como bem colocado por Taísa Ribeiro em sua obra¹²⁰: “...em nosso tempo, a família se reduz e se contrai, para compreender o marido ou o companheiro e a esposa ou a companheira, e os filhos do casal, (...) compreenda outros parentes”.

¹¹⁹ LIMA, Francine. *Estou grávida da minha namorada*. Um casal de lésbicas de São Paulo pode ser o primeiro a registrar os filhos com o nome de duas mães. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228-1,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.

¹²⁰ FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União homossexuais e seus efeitos jurídicos* / Taísa Ribeiro Fernandes. – São Paulo: Editora Método, 2004. p. 43.

Percebe-se assim, que mesmo a família tomando novas formas, nada indicava que da relação homoafetiva entre duas mulheres, poderia dar origem a filhos gerados por ambas. Mais do que isso, que essa relação passaria a ser aceita como união estável, para depois, conforme no caso, constituir uma também uma família.

Para realizar o sonho de serem mães juntas, as duas mulheres procuraram um especialista em reprodução humana, no intuito de realizar a inseminação artificial. Porém na realização de exames, descobriu que uma das companheiras apresentava problemas na formação dos ovários. Em razão disso, o médico sugeriu que a outra cedesse seus óvulos para fecundação e fossem colocados na barriga da sua companheira, para que o filho tivesse a aparência de ambas.

Para esse médico, além das possíveis restrições médicas, que segundo ele, foram facilmente superadas, um dos obstáculos poderia ser o posicionamento do Conselho Federal de Medicina¹²¹. Ocorre que esse Conselho publicou uma resolução¹²² estabelecendo que somente parentes podem fazer uso da técnica do “útero de substituição”.

O médico responsável por assistir as duas mulheres, realizou uma interpretação diferente dessa resolução. Ele considerou o relacionamento das suas pacientes como um modelo de família, ou seja, ampliou a ideia do que seria a família frente à situação vivida pelas suas pacientes.

Mesmo tudo encaminhando para o pleno êxito da realização da dupla maternidade de ambas as companheiras, o principal problema seria a legislação pátria, vez que não há previsão do registro de filhos com o nome de duas mães.

¹²¹ O Conselho Federal de Medicina, CFM, é um órgão que possui atribuições constitucionais de fiscalização e normatização da prática médica. Criado em 1951, sua competência inicial reduzia-se ao registro profissional do médico e à aplicação de sanções do Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20671&Itemid=23>. Acesso em: 2 de nov. 2011.

¹²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010*. (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79). A CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 2 de nov. de 2011.

Concluída a inseminação por meio de fertilização *in vitro*, meses depois, transcorridos as fases gestacionais, a companheira que engravidou, no segundo trimestre de 2009, concedeu à luz a um casal de gêmeos.

Diante da situação, o Poder Judiciário foi provado para se manifestar. Em todos os julgamentos envolvendo o reconhecimento da dupla maternidade, fosse referente a adoção ou não, prevaleceu a interpretação integrada de preceitos Constitucionais, especialmente dos princípios fundamentais. Na decisão prolatada pelo Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga, no julgamento do processo nº 10802177836¹²³, tem-se um exemplo nítido do entendimento que começou a permear os tribunais brasileiros.

É neste contexto que se percebe a existência da “tensão entre abstração e concretude inerente aos princípios de conteúdo universal no âmbito dos direitos fundamentais, que torna as atividades de criação e interpretação internamente complementares”¹²⁴.

Pelas decisões judiciais envolvendo a dupla maternidade, a justiça brasileira vem valorizando hodiernamente a aplicação dos direitos fundamentais como garantias dos cidadãos, face à força normativa desses fragmentos e à eventual sensibilidade do aplicador.¹²⁵

¹²³ Comarca de Porto Alegre. *Proc. 10802177836, 8ª Vara de Família e Sucessões, Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 12/12/2008.* Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/127.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2011.

¹²⁴ CARVALHO NETTO, M. D. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras.* Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.122.

¹²⁵ CARVALHO NETTO, op. cit., p. 155.

CONCLUSÃO

É inegável as constantes transformações sociais que vem surgindo em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos. Porém, diante da velocidade que influenciam o modo de vida humano, o ordenamento jurídico não consegue acompanhar.

Isso ocorreu com vários institutos, porém o foco deste trabalho refere-se a dupla maternidade. Viu-se que tal possibilidade somente foi possível diante das transformações ocorridas recentemente. Mesmo diante do silêncio e inércia do legislador, aos poucos, determinados paradigmas inquestionáveis, vem sendo quebrados, principalmente no Direito de Família. Isso, devido em grande parte pela forma de se interpretar a legislação infraconstitucional, feita a partir dos preceitos constitucionais.

Novos formatos de família começam a ser reconhecidos e aceitos. Os princípios da dignidade humana e da igualdade, insculpidos na Carta Magna, permitiram às pessoas, que antes viviam marginalizadas, exercer seus direitos.

O direito à constituir uma família, que não aquela desenhada certinha, de acordo com o estabelecido pela lei. O direito aos filhos de serem tratados de forma igualitária, independente de como foram gerados e concebidos.

É fato, os avanços da ciência e da tecnologia vieram para revolucionar o modo de vida da sociedade. Trouxeram progresso e inúmeros benefícios. Porém, o Direito não tem a mesma velocidade para atender as questões que vão surgindo.

O reconhecimento da dupla maternidade pelos tribunais é a prova concreta de que os fenômenos sociais estão em constantes transformações. Que hoje em dia deve-se olhar para a família com outros olhos. Pois as entidades familiares são formadas de várias formas. Com isso, exige-se do Direito que dogmas ultrapassados e textos legais caducos, fiquem no passado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios / Christian de Paul de Barchifontaine* – Aparecida, SP: ideias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa: [...]. *RE nº 477.554/MG*. Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: (DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287). Acesso em: 7 de nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ementa: [...]. *RE nº 363.889/DF*. Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 02/06/2011, Plenário, Data de Publicação: [?]. Acesso em: 7 de nov. 2011.

BRASIL. *Constituição da república federativa do brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 1973. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

BRASIL. *Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010*. Regulamenta o art. 29, incisos I, II e III da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7231.htm>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito / Juliana Frozel de Camargo*. – Campinas, SP: Edicamp, 2003.

CAMBIAGHI, Arnaldo Schizzi. *Reflexões do autor sobre a resolução cfm nº 1.957/2010*. Reflexões do Autor sobre as novas regras da Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.vidaconcebida.com.br/reflexoes-sobre-as-novas-regras-da-reproducao-assistida.html>>. Acesso em: 5 de nov. de 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras / Menelick de carvalho Netto; Guilherme Scotti; prefácio de Vera Karam de Chueirir. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASSOL, Daniel. *Ao reconhecer união gay, supremo educa sociedade, diz juíza*. Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça gaúcho, Maria Berenice Dias é pioneira em decisões a favor de uniões gays. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/ao+reconhecer+uniao+gay+supremo+educa+so+iedade+diz+juiza/n1300153707304.html>>. Acesso em: 3 de nov. 2011.

CHANAN, Guilherme Giacomelli. *As entidades familiares na constituição federal*. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 42, jun./jul. 2007.

COMARCA DE PORTO ALEGRE. *Proc. 10802177836, 8ª Vara de Família e Sucessões, Juiz de Direito Cairo Roberto Rodrigues Madruga, j. 12/12/2008*. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/uploads_jurisprudencia/127.pdf>. Acesso em: 2 de nov. 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil*. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 7 abril 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 1.957/2010*. (Publicada no D.O.U. de 06 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79). A CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 2 de nov. de 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 3, de 17 de novembro de 2009*. O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Gilson Dipp, no uso de suas atribuições legais e regimentais Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_corregedoria/provimentos/provimento_n_03.pdf>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas – limites da biologia ou biologia sem limites*. Rio de Janeiro: Uerj, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias* / Maria Berenice Dias. – 4. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Homoafetividade: o que diz a Justiça!: as pioneiras decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que reconhecem direitos às uniões homossexuais*. / Maria Berenice Dias. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editor, 2003.

DIGIÁCOMO, Murillo José. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado* / Murillo José Digiácomo e Ildeara Amorim Digiácomo. - Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.5: direito de família* - 17 ed. atual. de acordo com o novo código civil (lei nº10406, de 10/01/02) - SP: Saraiva, 2002.

DONADEL, Adriane. *Efeitos da constitucionalização do direito civil no direito de família*. In: PORTO, Sérgio Gilberto (Org.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de / ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06 – lei maria da penha e com a lei n. 11.441/07 – lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de / SIMÕES, Thiago Felipe Vargas *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade: de acordo com a lei nº 12.004/09 – lei de presunção de paternidade e com a lei nº 12.010/09 – lei nacional de adoção*. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *Uniões homossexuais e seus efeitos jurídicos* / Taísa Ribeiro Fernandes. – São Paulo: Editora Método, 2004.

FIGUERAS, Fernanda Louro. *Aspectos constitucionais da união de pessoas do mesmo sexo*. In: PORTO, Sérgio Gilberto e USTÁRROZ, Daniel (Organizadores). *Tendências constitucionais no Direito de Família: estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Teixeira Giorgis / Adriane Donadel... [et al.]*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

FURTADO, Jonas. *O avanço dos direitos gays*. Com a legislação federal parada no tempo, tribunais, empresas e governos estaduais dão um passo à frente ao tratar

homossexuais e heterossexuais da mesma forma. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/6224_O+AVANCO+DOS+DIREITOS+GAYS?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage>. Acesso em: 30 out. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família* / Carlos Roberto Gonçalves. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

HACK, Érico. *Direito constitucional: conceitos, fundamentos e princípios básicos* / Érico Hack. – 2. Ed. ver., atual. e ampl. – Curitiba: Ibpx, 2011.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. *Técnicas de reprodução assistida e biodireito*. Revista IOB de Direito de Família – Porto Alegre: Síntese, v 1, n1, jul. 1999.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* / Pedro Lenza – 12. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Francine. *Estou grávida da minha namorada*. Um casal de lésbicas de São Paulo pode ser o primeiro a registrar os filhos com o nome de duas mães. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI64032-15228-1,00-ESTOU+GRAVIDA+DA+MINHA+NAMORADA.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões* / Roberto Senise Lisboa – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias* / Paulo Lôbo. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Direito civil).

LUNELLI, Carlos Alberto e MARIN, Jeferson. *Procriação artificial, identidade genética e afeto: a construção de um novo paradigma*. Revista Brasileira de Direito / Faculdade Meridional – ano 1 n.1 (jul./dez. 2005). Passo Fundo: IMED, 2005.

LUZ, Vlademar P. da. *Manual de direito de família* / Valdemar P. da Luz. – 1. Ed. – Barueri, SP: Manole, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (organizador) e FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coordenadora). *Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo* / Antônio Cláudio da Costa Machado, (organizador); Anna Candida da Cunha Ferraz, (coordenadora). – Barueri, SP: Manole, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NETTO BRUM, Amanda. *A família homoparental e o registro civil de nascimento*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10019>. Acesso em: 6 de nov. 2011.

OLIVEIRA, Eduardo / AE. *Em defesa dos direitos homoafetivos*. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/pt/em-defesa-dos-direitos-homoafetivos.cont>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTARROZ Daniel (Orgs.). *Tendências constitucionais no Direito de Família*. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2003

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: _____. (Coord.). *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Revista Brasileira de Direito / Faculdade Meridional – ano 1 n. 1 (jul./dez. 2005). Passo Fundo: IMED, 2005-, v (?).

REVISTA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE DE CUIABÁ. Universidade de Cuiabá – UNIC. Faculdade de Direito. Cuiabá; Edunic, v. 1. n.1, jul./dez., 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família / Arnaldo Rizzardo*. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Maria Alice. As transições familiares e o melhor interesse da criança: as perspectivas do direito e da psicologia. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v. 36, n. 97, maio/ago. 2003.

SEREJO, Lourival. *Direito constitucional da família*/Lourival Serejo. – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Manual de direito constitucional / Roberto Baptista Dias da Silva*. Barueri, SP: Manole, 2007.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. *Amor e família homossexual: o fim da invisibilidade através da decisão do stf.* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=727>>. Acesso em 7 de nov. 2011.

SOUZA, Priscilla Fernandes de Carvalho. *Reprodução humana assistida: a maternidade por substituição e o problemas decorrentes do direito de filiação.* 2008. Monografia (Graduação): Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Supremo reconhece união homoafetiva.* Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. Acesso em: 3 nov 2011.

TOGNOTTI, Elvio. *A esterilidade conjugal na prática da propedêutica básica à reprodução assistida* / Elvio Tognotti, José A. Pinotti – São Paulo: Roca, 1996.

TRINDADE, Eliane. *Casal de lésbicas tem dupla maternidade reconhecida pela justiça.* Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/967447-casal-de-lesbicas-tem-dupla-maternidade-reconhecida-pela-justica.shtml>>. Acesso em: 30 out. 2011.

VALLERIO, Ciça. *Dupla maternidade.* Filme premiado, histórias reais, procura por vertilização (sic) assistida e vitórias na Justiça revelam a diversidade das famílias formadas por filhos com duas mães. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,dupla-maternidade,715887,0.htm>>. Acesso em: 5 de nov. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e sociafetiva* / Belmiro Pedor Welter. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.